

Sygn. akt: KIO 651/22

WYROK

z dnia 24 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2022 r. przez Odwołującego - Risk Guard

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Rzemieślnicza 7, 81-855 Sopot w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Miasta Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk

przy udziale

Wykonawcy Mój Serwis Likwidacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Al.

Wilanowska 208/7, 02-765 Warszawa przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 651/22

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego Gminę Miasta Gdańsk na kompleksową obsługę roszczeń cywilnych dotyczących odpowiedzialności cywilnej z tytułu posiadania mienia i prowadzenia działalności powstałych w związku z działaniem lub zaniechaniem Gminy Miasta Gdańska (nr ref. postępowania:

BZP.271.74.2021), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2.12.2021 r., nr 2021/BZP 00296002/01, wobec czynności polegającej na zaniechaniu odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez Mój Serwis Likwidacyjny Sp. z o.o. i jej wyborze, w dniu 7 marca 2022 r. wykonawca Risk Guard Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 651/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa pomimo, iż Zamawiający powinien w tym zakresie kierując się zasadą jawności postępowania uznać te informacje jak niezastrzeżone

ewentualnie, z ostrożności

2. art. 522 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mój Serwis pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia co Zamawiający przyznał uwzględniając w całości odwołanie złożone 5.01.2022 r. przez Guard Risk Sp. z o.o. oraz poprzez naruszenie zasady jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym odtajnienie informacji niezasadnie zastrzeżonych, tj. wyjaśnień Mój Serwis Likwidacyjny sp. z o.o. z 3.02.2022 r. wraz z załącznikami do uzasadnienia zastrzeżenia informacji, nakazanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający dokonał w dniu 02.03.2022 r. wyboru oferty Mój Serwis Likwidacyjny Sp. z o.o., po uzupełnieniu czynności badania zaofiarowanej ceny pod kątem rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia z 3.02.2022 r. zostały zastrzeżone w całości przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zakwestionował uzasadnienie utajnienia wyjaśnień, jako niewystarczające celem wykazania przesłanek ustawowych (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), co czynić ma zastrzeżenie bezskutecznym, a Zamawiający powinien ujawnić te informacje. Wykonawca nie wyjaśnił na czym miałyby polegać wartość gospodarcza zastrzeżonych dokumentów i informacji, ani tego nie wykazał. Stwierdził jedynie, że informacje zawarte w kalkulacjach i wyjaśnieniach posiadają konkretną wartość gospodarczą. Na potrzebę wykazania podjęcia działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, wykonawca ograniczył się do ogólnikowych stwierdzeń, co uniemożliwia zweryfikowanie zasadności oceny, a Odwołujący nie może odnieść się dowodów, które zostały również utajnione.

Odwołujący 6.01.2022 r. wniósł odwołanie na czynność zaniechania odrzucenia oferty Mój Serwis Likwidacyjny sp. z o.o. pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę, a wykonawca nie udzielił w tym przedmiocie przekonujących wyjaśnień oraz nie złożył żadnych dowodów. Zamawiający uwzględnił w całości to odwołanie, a KIO umorzyła na posiedzeniu postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 48/22). W tej sytuacji, zgodnie z art. 522 ust. 1 Zamawiający był zobowiązany postąpić zgodnie z żądaniem, tj. odrzucić ofertę i nie był uprawniony do dalszego badania i oceny tej oferty poprzez kolejne wezwanie do wyjaśnienia i doprecyzowania elementów ceny oferty. Uwzględniając odwołanie Zamawiający przyznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę ponieważ wykonawca nie udzielił w tym przedmiocie przekonujących wyjaśnień oraz nie złożył żadnych dowodów na okoliczność, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Nie był zatem uprawniony do kierowania kolejnych wezwań do wyjaśnienia ceny, które dodatkowo naruszało zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 15.03.2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w

całości. Odwołujący nie wystąpił o udostępnienie mu złożonych wyjaśnień i nie wystąpił z wnioskiem o ich odtajnienie, po tym jak Zamawiający z własnej inicjatywy poinformował o złożonych wyjaśnieniach bez ujawnienia ich treści.

Na wezwanie Zamawiającego wykonawca Mój Serwis Likwidacyjny sp. z o.o. uzupełnił i doprecyzował wyjaśnienia ceny w zakresie wymaganych elementów ceny wraz z załącznikami i uzasadnieniem poczynionego zastrzeżenia w odniesieniu do zawartej kalkulacji ceny, jako mające dla wykonawcy przede wszystkim charakter organizacyjny, techniczny i technologiczny oraz posiadające konkretną wartość gospodarczą.

Zamawiający nie naruszył zasady jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, gdyż wezwanie z 3.02.2022 r. dotyczyło uzupełnienia złożonych przez MSL wyjaśnień z

17.12.2021 r. i doprecyzowania elementów ceny oferty w odniesieniu zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Ponowne badanie oferty MSL obejmowało także spełnienia warunku dotyczącego samodzielnego dysponowania osobą wskazaną w Wykazie Osób, a wyniki czynności powtórzonych w postępowaniu nie uzasadniały odrzucenia oferty wykonawcy, o co wnosił Odwołujący w uwzględnionym odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego 11.03.2022 r. skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Mój Serwis Likwidacyjny Sp. z o.o. (MSL).

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej, ustalająca wynik postępowania dla Odwołującego niekorzystny, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie budzi wątpliwości. Utrzymanie w mocy tej decyzji pozbawia Odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia i jego realizację, co ma wymiar ekonomicznie dla wykonawcy niekorzystny.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zarzuty w odwołaniu dotyczą powtórzonych czynności badania, oceny i wyboru oferty Mój Serwis Likwidacyjny sp. z o.o. (dalej jako MSL), które to czynności zostały podjęte przez

Zamawiającego na skutek uwzględnienia w całości zarzutów odwołania z 6.01.2022 r. Odwołującego Risk Guard Sp. z o.o. W uwzględnionym odwołaniu zarzuty zaniechania odrzucenia oferty MSL oparte były o dwie podstawy faktyczne, tj. związane z badaniem rażąco niskiej ceny i oceną złożonych wyjaśnień oraz weryfikacją spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Żądania dotyczyły unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty MSL oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W odniesieniu do zarzutu zaniechania

odrzućcenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę Odwołujący odniósł się do wskazanych w wyjaśnieniach z 17.12.2021 r. założeń dotyczących między innymi czasu likwidacji szkody, zakresu oględzin/prowadzenia komisji lekarskich oraz kosztów obsługi szkód w poprzednich latach. Wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego, wykonawca MSL - przystępujący w sprawie po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu, co doprowadziło do umorzenia postępowania odwoławczego w drodze postanowienia z dnia 25.01.2022 r. (sygn. akt KIO 48/22).

Zamawiający w piśmie z 3.02.2022 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu,

powtórzeniu i wykonaniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co było wywołane uwzględnieniem na podstawie art. 522 ust. 2 Pzp zarzutów odwołania o sygn. akt KIO 48/22 oraz żądania Odwołującego Risk Guard Sp. z o.o. Zamawiający pismem tym unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez MSL (pkt 1) i zapowiedział dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert (pkt 2) oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dokonując ponownego badania oferty MSL Zamawiający wezwał MSL do uzupełnienia wyjaśnień, jakie wykonawca ten złożył w piśmie z 17.12.2021 r. w odpowiedzi na wezwanie z

13.12.2021 r., w którego treści wskazano na potrzebę wyjaśnienia oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, w tym następujących jej elementów:

- 1) ile godzin przewidujecie Państwo na obsługę i likwidację roszczenia,
- 2) co wchodzi w skład procesu likwidacji roszczenia,
- 3) jakie elementy kosztowe wchodzi w skład procesu likwidacji roszczenia w tym w szczególności: koszty godzin pracy, ilości osób przygotowujących raport, nakład pracy, koszty użytych narzędzi (np. samochód),
- 4) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r., o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r., poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującym w miejscu, w którym realizowanej jest zamówienie.

Kierując do wykonawcy wezwanie z 3.02.2022 r. Zamawiający oczekiwał doprecyzowania elementów ceny oferty i podania dodatkowych informacji w zakresie:

- 1) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r., o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r., poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującym w miejscu, w którym realizowanej jest zamówienie. przywołanych w odpowiedzi na odwołanie. (spisać z protokołu posiedzenia).

Wykonawca złożył w dniu 11.02.2022 r. wyjaśnienia zastrzegając w całości ich treść, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odnosząc się do wezwania Zamawiającego jednocześnie podtrzymał aktualność informacji wskazanych w piśmie z 17.12.2022 r. Pierwsze wyjaśnienia były w całości jawne i zawierały odpowiedzi na pytania wskazane w piśmie z 13.12.2022 r. Wykonawca odniósł się między innymi do stawki brutto za likwidację szkody na mieniu oraz na osobie odnosząc je do stawek rynkowych. Do wyjaśnień załączone zostały dodatkowe dowody.

Zamawiający w mailu z 2.03.2022 r. z godziny 12:15 przesłanym do Odwołującego w związku z ponownym wyborem oferty MSL poinformował o złożeniu przez tego wykonawcę wyjaśnień na wezwanie w toku powtórzonej czynności badania ofert, a ze względu na to, że MSL zastrzegł jako „tajemnica przedsiębiorstwa” treść wyjaśnień na temat ceny oferty wraz ze wszystkimi załącznikami, możemy przekazać jedynie UZASADNIENIE DLA OBJĘCIA CZĘŚCI WYJAŚNIEŃ TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Należy ponownie wskazać na zakres zarzutów i stanowiące ich podstawę faktyczną założenia dotyczące wadliwości powtórzonej czynności badania, a finalnie również wyboru oferty MSL. Zasadniczo zarzuty dotyczą kwestii formalnej związanej z uzupełnieniem wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, których treść nie została Odwołującym udostępniona z uwagi na objęcie informacji w nich zawartych tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy również zauważyć, iż po wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący nie występował do Zamawiającego o udostępnienie załączników do protokołu, w tym wyjaśnień MSL. To Zamawiający z własnej inicjatywy poinformował o fakcie złożenia dodatkowych wyjaśnień, które z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały odtajnione, a Odwołujący otrzymał samo uzasadnienie dla tej tajemnicy. W obecnym odwołaniu wykonawca w ogóle nie odniósł się do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach ceny z

17.12.2022 r., w tym kwestii zasadniczych związanych z realizacją prac i ich wyceną, takich jak ilość godzin założonych dla likwidacji szkody, czy też zakresu oględzin/prowadzenia komisji lekarskich, co kwestionował w pierwszym odwołaniu. Dopiero na rozprawie Odwołujący zasygnalizował ten element, co jednak nie zmieniało zakresu zarzutów opisanych w dwóch punktach odwołania, jako naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa pomimo, iż Zamawiający powinien w tym zakresie kierując się zasadą jawności postępowania uznać te informacje jako niezastrzeżone ewentualnie, z ostrożności
2. art. 522 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mój Serwis pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia co Zamawiający przyznał uwzględniając w całości odwołanie złożone 5.01.2022 r. przez Guard Risk Sp. z o.o. oraz poprzez naruszenie zasady jednokrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień ceny.

Na wstępie, chociaż okoliczność ta odnosi się do zarzutu drugiego, Izba wskazuje, że fakt uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów w pierwszym odwołaniu nie może prowadzić z automatu do stwierdzenia, iż ponowny wybór oferty MSL dokonany miał zostać z naruszeniem przepisów Ustawy. Wybór oferty nie staje się prawidłowy jedynie z racji działania mechanizmu ujętego w art. 522 ust. 1 Ustawy, tj. skutku proceduralnego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania i obowiązku nałożonego na zamawiającego wykonania, powtórzenia lub nieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Nie może budzić w tej materii wątpliwości, iż Zamawiający może dokonując czynności w postępowaniu wykraczać poza zakres okoliczności wskazanych w zarzutach, weryfikować każdą okoliczność mogącą wpłynąć na wynik oceny oferty, nawet jeżeli ostatecznie wynik czynności nie będzie w pełni odpowiadał żądaniom uwzględnionego odwołania. Ustawodawca w takiej sytuacji przewidział możliwość ponownego zakwestionowania w drodze odwołania czynności w postępowaniu wykonanych niezgodnie z żądaniem wcześniej uwzględnionego odwołania, co z jednej strony nie zamyka drogi zamawiającemu do przeprowadzenia czynności wymaganych dla zapewnienia ich zgodności z przepisami Ustawy regulującymi podstawy materialne decyzji podejmowanych w postępowaniu, a z drugiej strony pozwala wykonawcom na skorzystanie z środków ochrony prawnej wobec czynności, które nie zostały wykonane zgodnie z żądaniem odwołującego. Przepisy regulujące procedurę odwoławczą nie zmieniają zasad według, których zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert w postępowaniu. Inny jest ich cel, zatem wytyczna dla zamawiającego zawarta w art. 522 Ustawy, co do sposobu, w jaki zamawiający powinien dokonać czynności objętych zarzutami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przestrzegania przepisów szczególnych regulujących proces udzielenia zamówienia publicznego.

W świetle powyższego konstrukcja zarzutu ewentualnego - zaniechania odrzucenia oferty MSL pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

oparta jedynie na stwierdzeniu, że Zamawiający miałby przyznać tą okoliczność uwzględniając w całości odwołanie złożone 6.01.2022 r., nie mogła być skuteczna. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 31.08.2021 r., sygn. akt XXIII Zs 42/21 „Przyznanie” (gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach) może mieć miejsce, gdy strona jest bierna. Funkcją tego przepisu nie jest jednak wzmocnienie ustaleń co do faktów, które nie znajdują dostatecznego uzasadnienia w dowodach przeprowadzonych na rozprawie. Zastosowanie tego przepisu wchodzi w rachubę jedynie wówczas, gdy jest to uzasadnione wynikiem całej sprawy. Oznacza to konieczność uwzględnienia zarówno postawy procesowej strony, jak również ostatecznych wyników postępowania dowodowego.

Przenosząc powyższe na stan rozpoznawanej sprawy, stwierdzenie rażąco niskiej ceny oferty wybranej musi mieć bezpośrednie powiązanie z jej treścią lub wyjaśnieniami, czego w niniejszym odwołaniu nie dokonano, chociaż treść wyjaśnień z 17.12.2021 r. była Odwołującemu znana i mógł ponownie odnieść się do założeń wykonawcy przyjętych na potrzeby kalkulacji ceny przedstawiając dowody podważające założenia wykonawcy MSL. Wobec takiej konstrukcji zarzutu Izba nie miała możliwości faktycznego zweryfikowania treści oferty pod kątem wyjaśnień elementów ceny wpływających na jej wysokość, co również odnosiło się do uzupełnionych (utajnionych) wyjaśnień. Założenia kalkulacyjne - w części znane Odwołującemu pozostawały niezmiennie i wiążące dla oferty MSL, co pozwalało na podjęcie przed Odwołującego inicjatywy dowodowej, której brak nie mógł być pominięty przez Izbę. Ponieważ Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania błędów merytorycznych oferty, które miałyby odniesienie do przedmiotu zamówienia, a zarzut rażąco niskiej ceny opierał wyłącznie na skutku oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu innego odwołania, Izba dokonując badania czynności w postępowaniu nie miała możliwości odniesienia się do wyjaśnień ceny, co prowadzić musiało do oddalenia odwołania w tym zakresie. Samo oświadczenie Zamawiającego złożone na wcześniejszym etapie postępowania również nie mogło mieć odniesienia do nowej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i czynności je poprzedzających.

Odnosząc się do podstawy faktycznej zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień z 11.02.2022 r. MSL w zakresie w jakim Zamawiający wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia wcześniejszych wyjaśnień z 17.12.2021 r. Odwołujący zasadniczo ograniczył się do podważenia skuteczności zastrzeżenia dodatkowych informacji, uznając w tym zakresie że Zamawiający miał dopuścić się zaniechania odtajnienia dokumentów nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa z uwagi na braki samego uzasadnienia.

Dla stwierdzenia, iż Zamawiający miał dopuścić się naruszenia przepisów Ustawy koniecznym byłoby wykazanie zaistnienia sytuacji, w której miałby nie wykonać obowiązku nałożonego ustawowo. W opisanym stanie faktycznym dla zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów do rozważenia pozostawało, czy w sytuacji gdy sam wykonawca nie wystąpi o udostępnienie dokumentów, możliwe jest przypisanie zamawiającemu naruszenia polegającego na zaniechaniu przekazania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Z punktu widzenia procedury przetargowej zastosowanie powinien znaleźć przepis art. 253 Ustawy regulujący obowiązki informacyjne zamawiającego po wyborze oferty oraz art. 74 ust. 1 Ustawy, w odniesieniu do udostępniania protokołu postępowania oraz załączników. Odwołujący nie wskazał na naruszenie żadnego z tych przepisów, co zasadniczo powinno prowadzić do uznania, iż Zamawiający nie dopuścił się uchybień w zakresie udostępniania załącznika do protokołu, jakim są wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, co odbywać się może na wniosek wykonawcy. Wprawdzie Zamawiający z własnej inicjatywy przesłał po wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołującemu informację o utajnieniu przez MSL dodatkowych wyjaśnień i przekazał samo uzasadnienie dla utajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, to nadal brak wniosku o udostępnienie załącznika do protokołu zasadniczo oznacza, iż w momencie składania odwołania nie miało miejsca zaniechanie po stronie Zamawiającego. Procedura przetargowa w dużym stopniu determinowana jest przepisami, których celem jest zapewnienie realizacji podstawowych zasad, jakimi są zasada jawności, czy też przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Inicjatywa Zamawiającego podyktowana została chęcią zapewnienia przejrzystości decyzji, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej i przekazania informacji, której nie miał obowiązku zamieszczać bez odpowiedniego wniosku ze strony wykonawcy.

Przyjmując nawet, iż decyzja o braku możliwości udostępnienia wyjaśnień mogła już sama prowadzić do stwierdzenia naruszenia polegającego na wadliwej ocenie skuteczności uzasadnienia utajnienia informacji, to nadal dla oceny zarzutu koniecznym było odniesienie się do kwestii formalnie nie związanej z treścią oferty, czyli skuteczności samego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, okoliczności w jakich miało dojść do przypisania Zamawiającemu uchybienia zasadom wymagają uwzględnienia również tego, że Odwołujący znał w całości podstawowe wyjaśnienia

dotyczące ceny, których uzupełnieniem były dodatkowe wyjaśnienia. W tej sytuacji, w ocenie składu orzekającego, samo kwestionowanie skuteczności utajnienia dodatkowych wyjaśnień nie mogło prowadzić do uchylecia wyniku oceny oferty, w tym jej istotnego elementu jakim jest cena.

W tym miejscu należy zauważyć, iż celem stosowania przepisów Ustawy nie może być formalizm sam w sobie. Przyjęte w Ustawie rozwiązania mają na celu doprowadzenie do wskazania oferty najkorzystniejszej, a nie oferty która staje się taką jedynie na skutek niedoskonałości procedury. Jeżeli oferta pozostaje ofertą prawidłowo skalkulowaną i brak jest okoliczności, które taką ocenę mogłyby podważyć, wybór tej oferty pozostaje w zgodzie z przepisami Ustawy. Ponieważ Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, aby okoliczności procesowe Zamawiającego będące wynikiem uznania konieczności powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu. Jak wskazano powyżej, Zamawiający mógł po uzupełnieniu postępowania wyjaśniającego uznać, iż oferta MSL nie zawiera rażąco niskiej ceny, zatem po stronie Odwołującego spoczywało co najmniej wskazanie tych elementów

kalkulacji ceny (znając wyjaśnienia wykonawcy z 17.12.2021 r.), które mogłyby podważać wysokość ceny oferty, bądź czynić cenę niewiarygodnie niską.

W wyroku SO w Szczecinie z 3.7.2015, sygn. akt VIII Ga 184/15 wskazano, iż zamawiający może odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień, natomiast jeżeli zostaną złożone to może je ocenić. Samo wskazanie, że zamawiający dokonuje oceny wyjaśnień wraz z dowodami nie oznacza, że oferent ma obowiązek w każdym przypadku złożyć dowody. Oferent ma obowiązek jedynie wyjaśnienia, a to zamawiający ma dokonać oceny, czy wyjaśnienia wykazują czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Wyjaśnienia mogą opierać się chociażby o przedstawienie wyliczeń, powołanie się na źródła danych. W ocenie Sądu, nieprawidłowym było rozumowanie Izby, iż wystarczającym dla uznania, że zamawiający powinien odrzucić ofertę, jest sytuacja zaniechania przedstawienia dowodów, co skutkuje automatycznie uznaniem, że wykonawca nie wykazał, aby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Poleganie na literalnym brzmieniu przepisu, interpretowanie go w sposób dosłowny, oderwany od jego celu, sprzeciwia się celowi ustawy.

W ten sam sposób należało odnieść się do zarzutu braku wykazania w uzasadnieniu utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny ich wartości ekonomicznej, jako okoliczności mającej uzasadniać uznanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Ewentualne braki uzasadnienia utajnienia wyjaśnień nie mogą wprost prowadzić do uznania, że wyjaśnienia wskazują na rażąco niską cenę.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 pkt 1)

. Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 7.500,00 zł. i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodniczący:.....